

WANDERSON RODRIGUES FERNANDES ALMEIDA

DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA: DIREITO PENAL DA LOUCURA

BRASÍLIA

2018

WANDERSON RODRIGUES FERNANDES ALMEIDA

DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA: DIREITO PENAL DA LOUCURA

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília

Orientador: George Lopes Leite

BRASÍLIA

2018

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida, autor de meu destino, meu guia, socorro presente na hora da angústia, À minha família, por sua capacidade de acreditar em mim. Mãe, seu cuidado e dedicação foi que deram, em alguns momentos, a esperança para seguir, sua presença significou segurança e certeza de que não estou sozinho nessa caminhada.

Ao meu amado avô, Luiz Rodrigues Lira, "In Memoriam", pois mesmo ausente neste plano, sei que haveremos de nos encontrar para comemorarmos também este momento.

A Grazielly de Matos Oliveira Brito, minha namorada, futura esposa e querendo Deus minha eterna companheira, pessoa com quem amo partilhar a vida. Com você tenho me sentido mais vivo de verdade. Obrigado pelo carinho, paciência e por sua capacidade de me trazer paz na correria de cada semestre.

Agradeço primeiramente a Deus, por teu cuidado e seu amor em minha vida, que me sustentou nos momentos de adversidades.

“É muito melhor lançar-se em busca de conquistas grandiosas, mesmo expondo-se ao fracasso, do que alinhar-se com os pobres de espírito, que nem gozam muito nem sofrem muito, porque vivem numa penumbra cinzenta, onde não conhecem nem vitória, nem derrota.” (Theodore Roosevelt)

RESUMO

As medidas de segurança, são resposta penal as condutas ilícitas típicas, aplicadas aos inimputáveis, desta forma, ao doente mental é aplicada medida de segurança e não pena em sentido estrito. As medidas terapêuticas criminais tem atualmente condão de prevenir que aquele acometido por doença mental venha a praticar fato tido como crime, com este trabalho busca-se analisar as medidas de segurança, a sua aplicabilidade, com ideia nuclear em qual a medida de segurança adequada de caráter curativo a ser imputada ao agente, dissociando-se daí do modelo de imputação meramente preventivo. Busca-se perquirir o tratamento terapêutico curativo, uma vez que, a cura do agente é o fim buscado com as medidas aplicadas, assim entendido e defendido com este trabalho.

PALAVRAS-CHAVES: Medidas de Segurança; Direito Penal; Lei de Reforma Psiquiátrica; Periculosidade; Transtorno Mentais; Inimputáveis.

SUMÁRIO

RESUMO	6
INTRODUÇÃO	8
1 SANÇÃO PENAL	10
1.1 O <i>Jus puniendi</i> do Estado.	10
1.2 Pena x medidas de segurança	11
1.3 Garantias constitucionais penais limitadoras do <i>jus puniendi</i>	12
1.3.1 Limites e princípios aplicáveis às medidas de segurança.	14
1.3.2 Princípios penais explícitos e implícitos.....	15
1.3.3 Princípio da dignidade da pessoa humana	15
1.3.4 Princípio da legalidade	17
1.3.5 Princípio da intervenção mínima.....	19
1.3.6 Princípio da igualdade	21
1.3.7 Princípio da proporcionalidade.....	22
1.3.8 Princípio da judicialidade.....	25
1.3.9 Princípio da ofensividade lesiva.....	25
2 MEDIDAS DE SEGURANÇA: CONCEITOS E PRESSUPOSTOS	28
2.1 Pressuposto subjetivo: conceito de perigosidade e periculosidade.	29
2.2 Caráter da medida de segurança atualmente (preventivo x curativo).....	30
2.3 Peculiaridades da pena e das medidas de segurança.....	31
2.4 Finalidades das medidas de segurança.	32
2.5 Medidas de segurança em espécie (detentiva/internação x restritiva/tratamento ambulatorial).....	33
2.5.1 Internação.....	33
2.5.2 Tratamento ambulatorial	34
3. DA DESCONSTRUÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA	35
3.1 Lei antimanicomial: Lei da reforma psiquiátrica.....	36
3.2 Da desinternação progressiva e progressão das medidas de segurança.....	38
3.4 Medidas de segurança: Reclusão e medida de internação	39
4 Conclusão	45
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS.....	47

INTRODUÇÃO

As medidas de segurança são “sanções penais” impostas pelo Estado, ao agente de fato típico e ilícito criminal considerado inimputável ou, semi-imputável. Essas medidas se fundamentam na periculosidade do agente, e visam à cessação da periculosidade deste.¹

O caráter dessas medidas é puramente preventivo, agindo exclusivamente sobre o agente, impedindo-o, (pelo menos em tese), que esse volte a delinquir, tem como escopo, a prevenção geral especial, visando garantir que o indivíduo possa ter condições, depois de cessada sua periculosidade, de conviver em sociedade.²

O tema é de relevante valor social, pois torna-se irrefutável a importância desse instituto para o ordenamento jurídico atual, haja vista sua aplicabilidade ao inimputável e a finalidade das medidas que aqui abordaremos.

Notadamente, as medidas de segurança carecem de estudos científicos aprimorados que visem fomentar o debate a cerca do tema, no sentido de se achar uma alternativa menos gravosas a aquele incapaz de entender o caráter ilícito do fato (inimputáveis e semi-inimputáveis).

O grande questionamento acerca das medidas de segurança, é a forma como são aplicadas, como é feita a escolha da medida de segurança adequada, e se realmente elas chegam a sua finalidade, bem como a gravidade de sua aplicabilidade ao inimputável.

O caráter preventivo será posto a prova durante todo esse trabalho, onde o foco será apontar a ilegalidade das medidas de segurança hoje, e suas causas, tomando como ideia nuclear o caráter meramente preventivo das medidas.

O problema apresentado durante toda esse trabalho será abordado com base nas hipóteses que tornam as medidas totalmente contrárias ao ordenamento jurídico, pois notadamente, não é o caráter curativo das medidas que é levado em conta, e sim, a prevenção a eventuais reincidências. Ora se não é seu caráter

¹ FEITOSA, Isabela Brito, A APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO. https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5982 > Disponível em: 22/07/2017

² ANDRADE, Haroldo da Costa, Das medidas de segurança. Ed. America Jurídica, 2004. p. 6.

curativo o objetivo, logo o sujeito não terá tratamento apropriado aos fins de tais medidas, qual seja cessação da periculosidade.

Desta forma, procurou-se no primeiro capítulo conceituar o que é sanção penal, sendo essa, ferramenta utilizada pelo Estado para exercitar o seu *jus puniendi*, suas espécies e princípios limitadores desse poder de punir, tendo como foco as garantias limitadoras atinentes a sanção penal medida de segurança.

No capítulo seguinte tratou-se especificamente da resposta penal ao agente inimputável, qual seja, as medidas de segurança, procurando para isso sua conceituação, pressupostos para sua aplicação, caráter das medidas de segurança, distinções entre essas e a pena (*stricto senso*), finalidade de tais medidas de segurança e suas espécies.

No último capítulo deste trabalho, tenta-se desconstruir a forma de aplicação das medidas de segurança como são aplicadas hoje, para isso utilizou-se de uma breve introdução a Lei de reforma psiquiátrica, trazendo nesse momento a discussão quanto a forma que deveriam ser aplicadas, bem como a possibilidade de desinternação progressiva e progressão das medidas de segurança introduzidas com a lei antimanicomial, finaliza-se o capítulo com a crítica a forma de escolha objetiva aos crimes apenados à título de reclusão, qual seja internação.

Por fim conclui-se o trabalho criticando a forma de escolha das medidas de segurança, salientando-se a forma cruel como estas são aplicadas hoje devido sua classificação errônea, pois, como se verá, não é nos dias de hoje seu tratamento curativo a finalidade, e sim a prevenção de novos crimes.

1 SANÇÃO PENAL

Sabe-se que a sanção penal (gênero) é consequência jurídico penal do crime, tendo como espécies a pena (*stricto sensu*) e as medidas de segurança, sendo a primeira a resposta estatal ao desviante imputável que comete algum delito, porquanto a segunda é aplicada aos inimputáveis. Naturalmente a sanção penal deve ter incidência somente quando houver uma sentença penal condenatória, por esse motivo não é possível aplicá-la por meio de prisões provisórias.³

O presente capítulo pretende ser uma introdução a este tema sempre atual, procurando apontar qual a resposta penal ao agente que comete o ilícito criminal, suas espécies e, limitações ao poder de punir do Estado.

1.1 O *Jus puniendi* do Estado.

Caracteriza-se pela prerrogativa que tem o Estado em punir o indivíduo transgressor de uma norma, ou seja, ao Estado é dado exclusivamente o poder de aplicar ao indivíduo a sanção penal, isto é dizer que somente é admissível a aplicação do direito penal se exercitado pelo poder público.⁴

Vale dizer que a prerrogativa estatal de punir nasce com sua função de caráter obrigatório, imperativo, inafastável de conforme o ordenamento jurídico, aplicar a sanção penal coercitiva em resposta ao mal causado a um bem jurídico de outrem. Em melhores dizeres é sinalizar, portanto, que a sanção penal é a resposta a uma conduta, omissiva ou comissiva, tipificada penalmente.⁵

Contudo, deve se atentar o poder público a apenas intervir no que é necessário, desta forma, a aplicação do ramo penal só deverá ter incidência na esfera particular quando todos os outros ramos do direito falharem, em homenagem ao princípio da intervenção mínima (ou subsidiariedade). A legislação penal é em verdade mecanismo estatal de controle social, que, comina a aquele "desviante" a sanção penal, sendo esse gênero, que tem como espécies pena ou medidas de

³ QUEIROZ, Paulo, Curso de direito penal: parte geral. Ed. Jus Podivm, 9 Ed. 2013. p. 413.

⁴ GOUVÊA, Claudiane Rosa, Curso: Medidas de Segurança, http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/CLAUDIANE_GOUVEA.pdf, pg 5. (disponível em 14/07/2017)

⁵ Idem, pg 6.

segurança como se verá adiante.⁶

A sanção penal é portanto a resposta a uma conduta omissiva ou comissiva tipificada penalmente, que tem por escopo não tão somente reprimir e retribuir o mal causado injustamente, mas também prevenir a pratica de novas infrações penais. Cesar Dario Mariano da Silva explica: “A sanção é resposta estatal à pratica delitiva que visa além de reprimir aquele que praticou um delito, a prevenir a ocorrência de novas infrações penais”.

1.2 Pena x medidas de segurança

Já visto que o direito penal responde as condutas delitivas por meio das sanções penais (gênero), ao qual tem como espécie pena e medidas de segurança.

As penas são em regra a resposta penal por excelência, sendo pressupostos para sua aplicação o cometimento de fato típico-ilícito, por agente culpável, ou seja, imputável penalmente. Desta forma, faz-se necessário destacar os caracteres da pena, quais sejam:⁷

A pena é preventiva, pois tem por finalidade evitar a prática de novas infrações penais, tem-se daí a ideia de prevenção geral ou especial, geral porque tem por escopo intimidar os demais membros da sociedade a não praticarem o ilícito; especial, pois age sobre o agente, retirando-o de circulação segregando-o e colocando-o num sistema carcerário, como forma de retribuição ao injusto praticado.⁸

É também aflagrante, sendo o indivíduo privado de sua liberdade, levada a cabo pelo Estado, respeitado o devido processo legal.⁹

Por fim retributiva, pois visa retribuir a lesão causada por um ilícito típico praticado pelo agente, é em primeiro plano a resposta estatal ao mal causado a um bem jurídico tutelado.¹⁰

⁶ GOUVÊA, Claudiane Rosa, Curso: Medidas de Segurança, http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/CLAUDIANE_GOUVEA.pdf, pg 7. (disponível em 14/07/2017).

⁷ Ibidem, pg 8.

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem, pg. 9.

¹⁰ Ibidem pg. 10.

1.3 Garantias constitucionais penais limitadoras do *jus puniendi*

Faz-se necessário nesta assentada abordar algumas garantias constitucionais inerentes ao *jus puniendi* estatal, haja vista que o direito de punir encontra limites constitucionais, infraconstitucionais e até no direito externo que influência o ordenamento jurídico vigente, esta abordagem é de suma importância para o que se defende aqui, pois, ao Estado foi dada a legitimidade de punir o indivíduo transgressor da norma penal, o que o faz por meio do direito penal, respeitando todas as garantias a este inerente.

O direito penal, assim como todos os outros ramos do direito, é regido pela observância de tais garantias, que servem de orientações ao poder punitivo estatal, ao qual, em última análise, só será perfeitamente aceitável se observado os limitadores constitucionais impostos a este.

Depreende-se daí, que o direito penal não é um fim em si mesmo, devendo, para sua aplicabilidade, respeitar os princípios e garantias previstos na Magna Carta, mormente, porque não há direito de punir absolutamente ilimitado. Os órgãos estatais, aqueles dotados da prerrogativa de aplicar a norma penal, devem seguir tais orientações e ao fim de todo o procedimento, respeitado os limitadores, por fim, aplicar as sanções penais cabíveis a cada caso.

Os princípios orientadores do direito, precipuamente aqueles que regem as normas penais, têm por finalidade garantir ao sujeito que sofre a persecução penal, a observância de seus direitos enquanto sujeito de direito, não somente isso visa também permitir que este se utilize de todos os meios para não ver sua liberdade usurpada arbitrariamente pelo poder público, que o fará respeitando todas as diretrizes basilares do direito penal.¹¹

A intervenção penal estatal nas liberdades individuais deverá pautar-se ao respeito aos direitos fundamentais do cidadão, direitos que recebem diversas nomenclaturas pela doutrina, podendo destacar alguns citados por Cezar Roberto Bitencourt:¹²

¹¹ CARVALHO, Salo de, *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. 2013, editora Saraiva. Pg 39.

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal Vol.I - Parte Geral*, 2003, pg. 49.

"Hoje poderíamos chamar de princípios reguladores do controle penal, princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão, ou simplesmente de Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito"

Pode-se encontrar os princípios norteadores do direito penal em diversos textos normativos espalhados na imensa legislação, não somente penal, brasileira, já sendo possível encontrar alguns deles já no preâmbulo da nossa CF/88, ali proclamados princípios como a liberdade, igualdade e justiça, que servem como base interpretativa, orientadoras das diretrizes políticas, ideológicas, filosóficas e também ideológicas da constituição, para todo o sistema normativo nacional¹³.

Cinco são os princípios básicos do Direito Penal para Nilo Batista¹⁴, a saber: Intervenção mínima, lesividade, legalidade (ou intervenção legalizada, ou reserva legal), culpabilidade e humanidade.

Márcia Dometila Lima de Carvalho destaca a luz constitucional os princípios básicos como sendo os princípios da legalidade e da culpabilidade.¹⁵ Já na ótica de René Ariel Dotti, tem-se como princípios basilares constitucionais do direito penal tais como: Legalidade dos ilícitos e das sanções, Intervenção mínima, irretroatividade da lei mais gravosa, retroatividade da lei mais benéfica, intervenção legalizada, personalidade e individualização das sanções, retribuição proporcionada, responsabilidade em função da culpa e humanidade das sanções.¹⁶

Todos extremamente importantes ao direito penal, no entanto, analisar-se-á àqueles mais relevantes quanto à aplicabilidade das medidas de segurança, sendo eles: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Princípio da Legalidade, Princípio da Intervenção Mínima, Princípio da Igualdade, Princípio da Proporcionalidade, Princípio da Judicialidade e Princípio da ofensividade lesiva.

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal Vol.I - Parte Geral, 2003, pg. 49.

¹⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: revan, 1990. Pg. 64 – 105.

¹⁵ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992. Pg. 53 – 74.

¹⁶ DOTTI, René Ariel. *As bases constitucionais do Direito Penal Democrático; Reforma penal brasileira*, Rio de Janeiro: Forense, 1988. Pg. 350 – 358.

1.3.1 Limites e princípios aplicáveis às medidas de segurança.

Na aplicação da medida de segurança deve se observar os mesmos princípios e garantias constitucionais que fundamentam a aplicação da pena. Os mais importantes para a aplicação da medida de segurança: o princípio da legalidade, da intervenção mínima, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

O princípio da legalidade, inscrito no art. 2º do Código Penal e art 5º. inc, XXXIX da Constituição Federal de 1988, limita rigidamente o *jus puniendi* estatal, isto evita que o juiz por seu arbítrio imponha medidas não expressamente previstas em lei.¹⁷

Em sentido semelhante, afirma Muñoz Conde:

“O princípio da legalidade é o principal limite imposto pelas exigências do Estado de Direito ao exercício da pretensão punitiva”.¹⁸

O princípio da proporcionalidade encontra-se no art. 59 do Código Penal, que determina a fixação de uma pena base, que se mostre necessariamente suficiente para a reprovação e prevenção do delito. Tal princípio tem por base a limitação do poder punitivo estatal, observe-se que este princípio busca corresponder uma pena condizente com o delito praticado, não sendo está tão branda que venha a estimular a vingança privada e nem tão dura que venha a ultrapassar o limite da culpabilidade do agente pelo fato.

O princípio da proporcionalidade nada mais é de que, uma correspondência entre a gravidade do delito praticado e a duração da medida de segurança, visa impedir que o poder punitivo seja utilizado em excesso. Contudo, diferentemente da pena a medida de segurança deve possuir caráter curativo, sendo assim, não deve ser imposta com base na gravidade do delito, mas sim, proporcionalmente ao tratamento terapêutico adequado, o que aqui se defende.

O princípio da intervenção mínima aponta que o direito penal apenas deve atuar em *ultima ratio*, ou seja, que este seja utilizado somente quando estritamente

¹⁷ FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001, p.93.

¹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoria geral do delito. 1988, p.99.

necessário e que havendo meio capaz de dar solução ao caso concreto que ocasione menor intervenção penal, deve este ser utilizado.

Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, deve se observar em se tratando de medida de segurança, que os estabelecimentos onde estes delinquentes doentes forem tratados, tenham condições mínimas para tratamento. Bem como seja observada a salubridade, a segurança e os fins que se prestam tais estabelecimentos.

1.3.2 *Princípios penais explícitos e implícitos*

Os princípios norteadores do direito penal podem tanto estar previstos na Magna Carta, como noutros momentos podem derivar de construção social interpretativa e não estarem previsto na CF/88. Pode-se dizer assim que sub-existem os princípios constitucionais explícitos, ou seja, positivados e, princípios constitucionais implícitos, por sua vez não positivados, que não estão escritos no texto, mas dele podem ser diretamente deduzidos.¹⁹

As regras do ordenamento jurídico tem caráter inferior em comparação aos princípios, estes últimos devem ser observados para a edição de tais regras jurídicas, isso em todos os ramos do direito, uma vez que a semântica e o alcance daqueles são determinados por esses.

1.3.3 *Princípio da dignidade da pessoa humana*

O princípio da dignidade da pessoa humana rege que todas as sanções aplicadas pelo Estado devem ser executadas com o respeito máximo a dignidade do indivíduo enquanto pessoa, ou seja, com o grau máximo de humanidade, isto é dizer que toda sanção penal aplicada, levada a cabo pelo poder público, devem ter respeito a direito elementares do sujeito a quem é imposta tal sanção enquanto pessoa humana. Trata-se de princípio extremamente importante, se não o mais importante, sendo inclusive fundamento da CF/88.²⁰

Logo em seu art. 1.º a Constituição Federal vigente, define a dignidade da

¹⁹ ANDRADE, Haroldo da Costa, Das medidas de segurança. Ed. America Jurídica, 2004. P.62.

²⁰ Ibidem, P.71.

pessoa humana como uma premissa irrenunciável, sendo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.²¹ Constitui esse princípio valor supremo que atrai todos os outros para si. Segundo Mazzuoli²², “a dignidade da pessoa humana é da ordem normativa interna elevada como valor fundante”.

Pode-se conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana como “referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais”.²³ De acordo com esse princípio, a sanção penal desnecessária ou ilimitada não recairá a nenhum cidadão, devendo haver limitações temporais máximas quanto à sua punição²⁴.

Um Estado Democrático de Direito só é possível se respeitado o princípio da dignidade da pessoa humana, assim destaca Igor Luis Pereira e Silva²⁵ quando diz:

“[...]não há Estado democrático de Direito sem respeito a dignidade ao ser humano. Daí a humanidade da pena passa a ser um elemento constitutivo do próprio Direito Penal. Já que sem ela este carece de racionalidade limitadora e se transforma em mera vingança pública”.

Para ser imposta, a sanção penal necessita de condições humanitárias que deem ao cumprimento de suas finalidades legais ou filosóficas potencialidade, isto é, em se tratando da sanção penal medida de segurança, segregar o inimputável em casa de custódia e tratamento psiquiátrico que não ofereça a possibilidade mínima de recuperação de nada adiantaria. Para Ferrari²⁶ significa dizer:

“O princípio da dignidade da pessoa humana exige que as autoridades administrativas confira ao delinquente-doente condições mínimas a tratamento, destacando-se, essencialmente, salubridade no ambiente institucional, presença de profissionais habilitados laborando na instituição, progressividade terapêutica, individualização na execução da medida de segurança criminal e, especialmente, transmissão de valores essenciais à convivência em uma livre sociedade político-pluralista”.

²¹ FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001, p. 121.

²² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*, 2ª Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 128.

²³ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito Penal Constitucional – A imposição dos princípios constitucionais penais*. 1ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 32.

²⁴ FERRARI, Op. Cit. P. 22.

²⁵ SILVA, Igor Luis Pereira e. *Princípios Penais*. 1ª. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 76.

²⁶ FERRARI, Op. Cit. P. 123.

Num Estado Democrático de Direito, é vedada a criação, a aplicação ou a execução de pena ou qualquer outra medida que afronte a dignidade humana, a exemplo, o tratamento degradante ou desumano²⁷. Nos modernos modelos jurídicos de Estado, precipuamente, aqueles num contexto democrático, a humanização das penas encontra forte aparato constitucional, com a vedação de penas de caráter perpétuo, penas corporais, pena de morte e das penas exemplificadoras²⁸.

A carta magna assegura aos presos (aqui deve-se entender presos de forma ampla, incluindo também os internados em cumprimento de medida de segurança, cuja liberdade foi tirada pelo próprio Estado), o respeito à integridade física e moral (art. 5.º, XLIX), proibindo a aplicação de pena de natureza cruel e degradante (art. 5.º, XLVII). Nesse diapasão, Guillermo Yacobucci²⁹ diz: "a própria dignidade do homem determina a existência do princípio pelo qual ninguém pode legalmente consentir que se lhe aflija um sério dano corporal"

Ademais, constitui-se o Princípio da Dignidade Humana, como princípio limitador do próprio poder punitivo do Estado, ficando desta forma obstado de aplicar sanções que lesionem a constituição físico-psíquica dos infratores/internados.³⁰ Conclui-se assim, nenhuma pena privativa de liberdade pode ter por finalidade o atentado contra a incolumidade da pessoa como ser social, aqui estendendo o entendimento de pena privativa de liberdade também a internação do inimputável, uma vez que também tem sua liberdade retirada.

Concluindo, em se tratando do princípio de dignidade da pessoa humana, não importa se trata-se de pena ou medida de segurança, certo é, que ambas devem ser executadas respeitando tal princípio, nos termos do art. 1.º da CF, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

1.3.4 *Princípio da legalidade*

Visto que o ordenamento jurídico pátrio é norteado pelo Princípio da Dignidade da pessoa humana, torna-se pertinente então, analisar os demais

²⁷ ANDRADE, Haroldo da Costa, Das medidas de segurança. Ed. America Jurídica, 2004. P. 71.

²⁸ Ibidem. P. 72.

²⁹ YACOBUCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 215.

³⁰ FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001, p 122.

princípios constitucionais penais com enfoque nas medidas de segurança, tema central desse trabalho.

O princípio da legalidade aqui abordado constitui uma limitação efetiva ao *jus puniendi* estatal, trata-se de princípio fundamental ao direito penal. Também conhecido como princípio da reserva legal art. 1.º do CP, pode-se dizer que, por este princípio a elaboração de normas incriminadoras é exclusivamente dada por lei. Portanto, para que a sanção criminal seja aplicada, é imprescindível prévia previsão legal, nas palavras de Andrade:³¹

"Assim, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que, antes da ocorrência desse fato, exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente".

Entende-se, pois, que o princípio da legalidade está dentre os princípios basilares à aplicação da medida de segurança criminal, estando presente tanto em sua concepção formal como em sua concepção material. Quanto ao aspecto formal, determina que para que alguém seja submetido à medida de segurança criminal faz-se necessário anterior previsão legal. Nesse sentido contempla Reale:³²

"Elege a lei a fonte primária e indispensável para a imposição da medida de segurança criminal, constituindo imprescindível, para sua existência jurídica, a presença formal do procedimento legislativo bicameral".

Espécie de sanção, a medida de segurança criminal priva e restringe bens jurídicos individuais, constitui essa, imperiosa observância ao princípio da legalidade, impondo ao juiz que, apenas, aplique as medidas de segurança previstas no ordenamento jurídico, impossibilitando-o que aplique medida diversa daquelas previstas formalmente.

É necessário entender aqui, que toda norma penal incriminadora necessariamente deverá ser composta de preceitos primário e secundário. O preceito primário é constituído pela descrição da conduta proibida e, o secundário pela consequência jurídica em resposta ao descumprimento à conduta não permitida. A clareza tanto da descrição da conduta como da consequência jurídica é

³¹ ANDRADE, Haroldo da Costa, Das medidas de segurança. Ed. America Jurídica, 2004. P. 64.

³² FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001, p 92.

obrigatória, devendo também ser determinadas e definidas previamente, não podendo a sanção penal, ser indefinida temporalmente.³³

É, portanto, com base nesse princípio e em todos os demais que se verá nesse trabalho, inconcebível a aplicação de medida de segurança de caráter meramente preventivo.

1.3.5 *Princípio da intervenção mínima*

O princípio da intervenção mínima coloca limites ao arbítrio judicial, proscrevendo que o Estado deve apenas intervir no que necessário, se abstendo de intervir na vida do particular por motivos irrelevantes, mas não obsta que o Estado crie tipos penais injustos e comine sanções cruéis e degradantes. Por isso, é necessário limitar ou, se possível, proscrever o arbítrio do legislador quanto ao conteúdo das normas penais incriminadoras³⁴.

Procura-se com esse princípio, como premissa, restringir o mínimo possível os direitos dos cidadãos, a fim de se conseguir o máximo possível de liberdade³⁵. É, portanto, admitida somente quando estritamente necessária a intervenção penal, isso porque, ao direito penal só se pode socorrer quando os demais campos do direito não forem suficientes.

A tipificação e a punição, de acordo com o princípio da intervenção mínima, não exigem apenas a existência formal do delito, deve haver concomitantemente a material ou substancial. Diz-se então, que a interferência penal pauta-se a restringir condutas que inflijam valores ou interesses efetivamente relevantes socialmente, devendo sempre ser respeitado o princípio da dignidade da pessoa humana.³⁶

Conhecido também pela nomenclatura de *ultima ratio*, cuida esse princípio de limitar o poder incriminador do Estado, portanto, só é legítimo a criminalização de determinada conduta se essa constituir-se meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico relevante. Isto é, se por outro ramo do direito for possível a tutela de determinado bem jurídico, a criminalização faz-se desnecessária, sendo

³³ FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001, p. 93.

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal Vol.I - Parte Geral, 2003, p. 53.

³⁵ FERRARI, Op. Cit. pg. 107.

³⁶ Ibidem, pg.108.

assim inadequada e não recomendável, por exemplo, se para a tutela de um bem jurídico violado, forem suficientes medidas administrativas ou civis, serão essas a serem utilizadas e não as penais.³⁷

Por se tratar de ramo do direito mais austero, o direito penal somente deverá atuar como *ultima ratio legis* do ordenamento jurídico, uma vez que impõe ao indivíduo desviante, rígidas e invasivas penalidades.³⁸

Em se tratando de pena e medidas de segurança, essas somente serão utilizadas se mostrarem-se necessárias e adequadas para reparar o injusto penal e, deverão ter incidência até o limite que se mostrem necessárias sob pena de ferir o princípio da intervenção mínima.

Denota-se daí que , a sanção penal somente terá incidência e só se justificará se possível o alcance de seus fins, portanto, a medida de segurança criminal apenas será aplicável quando o tratamento for necessário, pois, não se justifica tal imposição se o indivíduo já tenha se recuperado³⁹. No entanto, verificando-se que o cidadão ainda não se recuperou contínuo será seu tratamento, porém, como o entabulado em recente súmula do Egrégio STJ de nº: 527, limitado temporalmente será, pois não se admite no ordenamento jurídico pátrio penas indeterminadas como visto anteriormente.

Deverá o magistrado, ao analisar o caso em concreto verificar a medida de segurança mais adequada ao seus fins, ou seja, devendo optar por àquela que se mostrar efetiva e menos onerosa a liberdade do cidadão, configurando-se assim esse princípio também como princípio judicial.⁴⁰

Deve-se adotar tal princípio na busca do instrumento mais adequado e menos oneroso ao cidadão quando da incidência da sanção penal, devendo ser apurado qual mecanismo penal mais apto à tutela requerida, havendo que se preferir o meio adequadamente necessário e efetivo ao caso.

Ademais, a medida de segurança somente deverá ter incidência quando

³⁷ FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001, p. 111.

³⁸ FAVORETTO, Affonso Celso. *Princípios Constitucionais Penais*. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 137.

³⁹ FERRARI, Op. Cit. pg. 110.

⁴⁰ Ibidem, p. 111.

minimamente eficaz, pois, se politico-criminalmente inoperante será dispensável, desnecessária, não havendo que se falar em sua incidência, pautando-se sua escolha na medida curativa mais adequada.

1.3.6 *Princípio da igualdade*

O princípio da igualdade está previsto no art. 5.º da Constituição Federal, determina que todos são iguais perante as leis. isto é, confere tratamento isonômico a todos a quem as leis se aplicam.⁴¹

Quando fala-se de Princípio da Igualdade, deve-se ter em mente, que há igualdade formal e a igualdade material, a primeira nada mais é que a igualdade de todos perante a lei, enquanto a segunda consiste na imposição de regras que proíbem a distinção de certos fatores, a igualdade material busca a igualização daqueles menos favorecidos, na medida de suas desigualdades.

Tal princípio, contemplado na CF/88 em seu art. 5º, destaca a igualdade de todos perante a lei, vedando distinções de qualquer natureza. No entanto, é flagrante o desrespeito à esse princípio quando o tema confere ao inimputável e ao semi-imputável (que necessita de tratamento), tratamento desigual em relação ao imputável e semi-imputável (que não necessita de tratamento curativo), sendo muitas vezes a sanção medida de segurança até mais gravosa que a própria pena, que em regra é a resposta penal, por excelência aos delitos.

Para ilustrar o desrespeito ao princípio ora analisado, pode-se exemplificar da seguinte forma: Digamos que Caio (imputável) e Tício (inimputável), cometeram o crime de roubo, ou outro qualquer punível com reclusão, após o devido processo legal Caio é condenado a pena determinada e limitada temporalmente, já Tício será internado em hospital de custódia, já que inimputável, no entanto, a sanção penal sobre Tício se dará por tempo também determinado, no entanto, para aplicação da medida de segurança será observado a principio caráter objetivo da pena, ou seja, se esta é punível com detenção ou reclusão. Com isso, o paciente sofrerá este intervenção penal, em razão do tipo de pena cominada e não em razão da sua condição mental, o que na maioria das vezes mostra-se ineficaz, desnecessária e

⁴¹ ANDRADE, Haroldo da Costa, Das medidas de segurança. Ed. America Jurídica, 2004. P.68.

muito mais gravosa de que a pena.

Os infratores-doentes mentais não podem sofrer tratamento mais severo se comparados aos imputáveis, isto é dizer, não pode a doença mental servir como fundamento à discriminação.⁴²

Um exemplo da consagração do princípio da igualdade é o princípio da individualização da pena, que trata de encontrar as claras diferenciações existentes entre os delitos e os sujeitos que o cometem, conferindo a estes um quantum de pena adequado a ser cumprida.

A sanção penal, especialmente as medidas de segurança, é imposta com base nesse princípio, uma vez que ao inimputável, não se pode impor pena *strictu sensu*, e sim medidas de segurança de caráter curativo (o que se defende com o presente trabalho), pois, uma vez que o agente desviante possuía transtorno mental completo, não existe a possibilidade de se aplicar a pena pois baseasse na culpabilidade do agente, da mesma forma, incabível seria, inserir um inimputável um imputável no mesmo estabelecimento prisional, recebendo o mesmo tratamento.⁴³

Concluindo, ao inimputável, portanto, acaba sobrevivendo intervenção penal discriminatórias, uma vez que pode receber tratamento por tempo mais longo do que ao imputável, ainda que cometa crime menos grave e, permanecer cerceado de sua liberdade por mais tempo de que o agente capaz e culpável que cometeu crime mais grave.

1.3.7 *Princípio da proporcionalidade*

Trata-se de se observar o tratamento dispensado pelo interprete da norma, em relação ao agente delituoso, de acordo com a conduta praticada, levando em consideração suas características pessoais, devendo agir de forma adequada, necessária e proporcional.

O princípio da proporcionalidade, também conhecido como proibição do excesso, destaca que a lei somente pode cominar penas estritamente necessárias, faz-se necessário caso a caso, ponderar a intervenção penal aplicável ao sujeito que

⁴² FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001, p. 125.

⁴³ ANDRADE, Haroldo da Costa, Das medidas de segurança. Ed. America Jurídica, 2004. P. 69.

comete determinado delito. Ademais, não pode o magistrado impor sanções penais desnecessárias e extremamente excessivas, do mesmo modo, lhe é vedado aplicar penas brandas a crimes graves, é dizer por fim, que a pena cominada por determinação legal a determinada infração penal, deverá observar sua adequação, necessidade e proporcionalidade.⁴⁴

Tratando-se de medidas de segurança, o princípio em análise, tem por objetivo impedir que a medida de segurança imposta se mostre meio desproporcionalmente grave da sanção penal. Saliente-se que o princípio deve estar presente não somente na aplicação de qualquer sanção penal, mas, também, na execução das mesmas.⁴⁵

Cabe aqui analisar a proporcionalidade com enfoque nas medidas de segurança, que tem por finalidade garantir um limite proporcional entre a medida e o delito, o que não pode ser extrapolado, sob pena de se transgredir o princípio da proporcionalidade, bem como o tratamento curativo adequado.

No direito penal, dito que determinada sanção penal é proporcional, se essa necessariamente mostra-se justa e, uma vez que a retribuição estatal deve guardar certa proporção, nunca sendo mais grave, nunca sendo menos branda em correspondência ao delito praticado.

Em sentido estrito, o princípio da proporcionalidade impede a aplicação de medidas terapêuticas criminais, desproporcionais ao ilícito-típico praticado e à periculosidade do agente, proibindo-se a carga desigual, desajustada e excessiva.⁴⁶

Comunga-se com o entendimento de Ferrari⁴⁷ quando diz:

"[...] tanto o princípio da culpabilidade para a pena como o princípio da proporcionalidade *stricto sensu* para a medida de segurança limitam o poder sancionatório do Estado, a restringir a intervenção das sanções na liberdade do cidadão, admitindo a incidência da medida terapêutica apenas quando absolutamente imprescindível à proteção de bens jurídicos". Ressalvamos aqui, somente a limitação temporal quanto a essa intervenção, que em suma também decorre do princípio

⁴⁴ FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001, p. 100.

⁴⁵ Ibidem, pg. 104.

⁴⁶ Ibidem, pg. 104.

⁴⁷ Ibidem, pg. 105.

da proporcionalidade.

Se na medida de segurança, seu caráter é preventivo e curativo, ou seja, se pretende prevenir a reincidência do agente considerado apto de tornar a praticar infrações penais e, se tem por finalidade a cessação da periculosidade, levando-se em conta o tratamento terapêutico adequado, nem sempre a medida será proporcional ao delito, uma vez que o sujeito pode ter praticado crime menos grave e sofrer medida de segurança mais gravosa, a depender da necessidade de tratamento ou de internação nos casos dos inimputáveis, ao qual ao juiz é lícito verificando-se a necessidade, imputar sanção penal (medida de segurança) necessária ao tratamento curativo.

Porém, a proporcionalidade deve ser observada quanto a duração da medida de segurança, jamais devendo exceder o máximo da pena em abstrato cominada ao delito, uma vez que, mesmo com a não cessação da periculosidade, manter o indivíduo em cárcere por toda a vida, seria claramente desproporcional, desprovida de razoabilidade qualquer sanção nesse sentido. Como já visto anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro não permite penas perpétuas, discriminatórias e cruéis, devendo as sanções serem determinadas e terem limite temporal pré-fixado. Conforme Ferrari:⁴⁸

"O princípio constitui uma característica de um Estado Social e Democrático de Direito, devendo a cominação e a aplicação da medida de segurança criminal serem proporcionada à gravidade do ilícito questionando-se a ilimitada perpetuidade temporal, vez que, configurada como qualquer outra sanção criminal, ofende e atinge de modo categórico a dignidade do cidadão, a violar o art. 1.º da nossa Constituição Federal".

Para Haroldo da Costa Andrade:⁴⁹

" Em verdade, trata-se de um limite máximo que não pode ser de modo algum, ultrapassado, ainda que a medida de segurança, durante o tempo em que foi executada, não tenha logrado recuperar e curar o criminoso". Entendimento que defendemos com a presente tese de monografia, ora, não se pode aceitar que o inimputável venha a sofrer a sanção penal desproporcional, ilimitada e desnecessária, se o Estado deseja

⁴⁸ FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001, p. 101.

⁴⁹ ANDRADE, Haroldo da Costa, Das medidas de segurança. Ed. America Jurídica, 2004. P. 67.

prevenir a reincidência do inimputável, deverá fazê-lo de forma menos gravosa, aplicando recursos em políticas públicas para esse fim, como veremos em capítulo mais a frente.(...)

Com isso foi editada súmula de número 527 do Superior Tribunal de Justiça, onde determinou o quantum máximo de duração de tais medidas, grande avanço para o direito penal brasileiro, *in verbis*:

Súmula 527-STJ: O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado.

STJ. 3ª Seção. Aprovada em 13/05/2015.

1.3.8 *Princípio da judicialidade*

O princípio da judicialidade ou também conhecido como princípio da jurisdicionalidade aponta que a medida de segurança somente poderá ser aplicada por decisão judicial, vez que, por se tratar de sanção penal, qualquer que seja a espécie de medida de segurança, para sua aplicação, imprescindível será a determinação da autoridade judiciária.⁵⁰

Em suma, para que o Estado exerça a prerrogativa do poder punitivo por meio dos seus órgãos públicos, necessário será a confirmação da sentença penal coativa a liberdade do doente mental, mormente, porque, não se pode admitir a incidência de medida de segurança criminal, se não determinada por autoridade judiciária competente.

1.3.9 *Princípio da ofensividade lesiva*

O princípio da ofensividade no direito penal, cuida de que seus efeitos tenham reflexos em dois planos a saber: o primeiro plano seria o plano da atividade legiferante, que com base em tal princípio, na elaboração do tipo penal, seria imprescindível que a conduta incriminadora represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes, devendo somente tipificar condutas de perigo concreto, sendo inconstitucional as normas incriminadoras de tipos penais de perigo abstrato. Em segundo plano serve de

⁵⁰ ANDRADE, Haroldo da Costa, Das medidas de segurança. Ed. America Jurídica, 2004. P. 73.

critério interpretativo para o interprete legal que, constrangido por tal princípio, deve em cada caso concreto encontrar indispensavelmente a lesividade ao bem jurídico tutelado.⁵¹

Por isso, Ferrari⁵² aduz: " Imperiosa a afirmação no sentido de que o direito penal somente deve interferir se houver lesividade concreta ao bem jurídico-criminal que afronte a comunidade social".

Pauta-se a intervenção penal somente quando ocorrerem lesões ou perigo de lesões a bens jurídicos criminais concretos, exigindo-se daí então, dano ou ofensa a bens de relevante valor social.

Com cerne nas medidas de segurança, levando-se em conta o princípio ora estudado, a aplicação de medida criminal terapêutica quando afronta bens jurídicos apenas de repercussão social, não se justifica, vez que, existe a necessidade de lesão relevante a bem jurídico social, a exemplo, não deverá ter incidência de medida terapêutica criminal quando houver ação meramente pecaminosas, imorais, escandalosas ou indesejáveis, etc.

Defende-se aqui, com base nesse princípio que, a aplicação de medida de segurança não deverá ser utilizada se fundamentada tão somente no estado subjetivo ou na mera intenção delituosa do cidadão-delinquente, porque, como já dito anteriormente, necessária a reprodução concreta da lesividade, sendo afastada a medida de segurança em casos de perigos abstratamente previstos.

Destaca ainda Reale⁵³ que para a aplicação de medidas de segurança, faz-se-a necessário a lesividade material da conduta como requisito essencial para sua incidência, vale transcrever adiante:

"A danosidade material representada pela ofensividade social constitui requisito para a aplicabilidade da medida de segurança criminal, não significando a expressão danosidade sinônimo da conduta desviante".

Por fim, conforme o princípio da ofensividade, só se justifica a medida terapêutica criminal quando presente o comportamento jurídico-penal material,

⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal Vol.I - Parte Geral, 2003, p. 62.

⁵² FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001, p. 116.

⁵³ Ibidem, p. 109.

"concreta e contextualmente desajustado no âmbito social"⁵⁴. Serve então o princípio em análise como parâmetro essencial à aplicação da medida de segurança, devendo somente ter incidência ao indivíduo inimputável e semi-inimputável, nos casos em que a relação da conduta tenha efetiva intolerabilidade social.

Aplicar às medidas de segurança sem observância a este princípio, seria aplicar o direito penal máximo, vez que restringir-se-ia cada vez mais garantias fundamentais, tratando o doente mental desviante como o “inimigo”, seria aplicar a resposta penal de forma desarrazoada, o que implicaria em gritantes injustiças se comparado ao tratamento dado aos imputáveis.

⁵⁴ FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001, p. 119.

2 MEDIDAS DE SEGURANÇA: CONCEITOS E PRESSUPOSTOS

As infrações penais no direito brasileiro são respondidas através das penas e medidas de segurança. A resposta estatal por excelência são as penas, que se destina aquele sujeito imputável que cometeu o ilícito penalmente punível, porquanto, as medidas de segurança alcançam aqueles cuja capacidade de entender o ilícito cometido é inexistente, pois, devido a doença mental ou desenvolvimento mental incompleto não são capazes de entender o caráter ilícito do fato.⁵⁵

Quando se tratar do sujeito semi-imputável, ou seja, sujeito não completamente imputável, que por força de perturbação da saúde mental ou semelhante, tem sua capacidade de entendimento diminuída, poderá o magistrado, conforme for mais conveniente e recomendável socialmente, aplicar-lhe ou pena, ou medida de segurança, jamais as duas cumulativamente, haja vista que após a reforma de 1984 o direito penal brasileiro adotou o sistema vicariante, onde, ou se aplica a medida de segurança, ou se aplica a pena, diferentemente do sistema duplo binário, já abolido, onde era perfeitamente aceitável a cumulação da sanção penal pena e medida de segurança sucessivamente.⁵⁶

Note-se que aquele que comete o injusto penalmente punível, mas em razão de sua inimputabilidade não culpável, terá como sanção penal a medida de segurança, pois a este se destina, mormente, porque para a aplicação de tais medidas de segurança (tratamento ambulatorial ou internação), há de se preencher todos os requisitos e pressupostos do crime, excetuando-se a imputabilidade.

Em hipótese alguma, será aceitável a medida de segurança se ao fato não couber pena por quaisquer motivos.⁵⁷ Seja por ser atípico, lícito, ou não culpável, ou se for alcançado por causas de extinção de punibilidade.

Exigi-se ainda como primeiro pressuposto da aplicação da medida de segurança a prática de um ilícito penal, pois como sinaliza Ferrari “ O ilícito típico

⁵⁵ QUEIROZ, Paulo, Curso de direito penal: parte geral. Ed. Jus Podivm, 9 Ed. 2013. p. 547.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Ibidem. Pg. 548.

penal consiste em uma condição *sine qua non* à incidência da medida de segurança criminal”⁵⁸

Ao ver de Mirabete, depreende-se dos artigos 97 e 98 do código penal brasileiro, mesmo que de forma implícita, o cometimento de fato tido como crime e a periculosidade do agente como pressuposto, sendo imprescindível também que o fato típico cometido seja punível para a aplicação das medidas de segurança, vale a transcrição de breve trecho de sua obra para ilustrar o supracitado entendimento:

“Não basta a periculosidade, presumida pela inimputabilidade, ou reconhecida pelo juiz em casos de semi-imputabilidade. Necessário e imprescindível que, na condição de sujeito ativo, tenha a pessoa cometido um fato típico punível”⁵⁹

É também pressuposto para aplicação das medidas de segurança a periculosidade, que deverá ser comprovada por perícia. A periculosidade do agente, será presumida em se tratando do inimputável (art. 26 CP), e se tratando do semi-imimputável será real(art. 26 § único).

A perícia será sempre realizada ao final do prazo mínimo fixado, e deverá ser refeita periodicamente, em regra anualmente, podendo o juiz da execução a qualquer tempo ordenar nova perícia.⁶⁰

2.1 Pressuposto subjetivo: conceito de perigosidade e periculosidade.

Para a aplicação da medida de segurança, torna-se obrigatoriamente necessário, além da pratica do fato ilícito-típico a presença da perigosidade criminal.⁶¹

A perigosidade consiste no estado ou qualidade do que é perigoso, ou seja, o conjunto de circunstâncias que sinalizam a probabilidade do sujeito de praticar ou voltar a praticar um crime.⁶²

⁵⁸ FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001, p. 137

⁵⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini, Manual de direito penal. 30 Ed. São Paulo: Atlas S.A. 2014 Vol - I, pg. 356.

⁶⁰ QUEIROZ, Paulo, Curso de direito penal: parte geral. Ed. Jus Podivm, 9 Ed. 2013. p. 551.

⁶¹ FERRARI, Op. Cit. p. 152.

⁶² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, Novo Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa, 2. Ed. Ver, e aum., 33.^a impressão, Nova Fronteira, 1986, p. 1310.

A periculosidade nada mais é, senão, a capacidade do agente de voltar a delinquir, pois se assim não fosse, estaríamos falando de um fato acidental e esporádico, já o agente que tem uma personalidade criminosa, tem maior periculosidade, pois as chances de recindir são bem maiores, de que a do sujeito que eventualmente comete um ilícito típico punível.⁶³

A periculosidade das medidas de segurança é presumida pela lei (art.26 CP), ou reconhecida pelo juiz (art. 26, § único CP), todo o caso, trata-se da verificação da probabilidade de tornar a praticar o delito por parte do agente.⁶⁴

Para que subsista a medida de segurança imprescindível a existência dos pressupostos a)ordinários (objetivos), e o pressuposto b)subjetivo, quais sejam: No primeiro caso, da prática do ilícito típico, da inimputabilidade do agente e que o fato seja punível penalmente; já como elemento subjetivo não basta apenas estes elementos, necessário se faz a constatação da periculosidade/perigosidade do indivíduo que praticou o delito.

2.2 Caráter da medida de segurança atualmente (preventivo x curativo).

Medidas de segurança são consequências jurídicas do delito, estas são rígidas por razões de prevenção especial. O primórdio da medida de segurança imposta, é evitar que o agente a qual tal medida é imposta volte a delinquir, revelando assim mero caráter preventivo.⁶⁵

A medida de segurança se fundamenta no *jus puniendi*, tais medidas são impostas ao agente inimputável ou semi-imputável que pratica fato ilícito e típico, baseado no grau de sua periculosidade.⁶⁶

Observe-se que atualmente as medidas de segurança tem o caráter preventivo, agindo por sobre o agente, ou seja, o indivíduo inimputável ou semi-imputável, procurando elidir sua periculosidade, fazendo que com isso esse não

⁶³ FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001, p..154.

⁶⁴ ANDRADE, Haroldo da Costa, Das medidas de segurança. Ed. America Jurídica, 2004. P. 8.

⁶⁵ Ibidem. Pg.06.

⁶⁶ FREITAS, Ana Clelia de, Medida de segurança: princípio e aplicação - Artigo jurídico. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8536/Medida-de-seguranca-principios-e-aplicacao>, Acesso em: 02/11/2015.

retorne a delinquir, o que se rebate com este trabalho, posto que as medidas de segurança devem primar pelo tratamento terapêutico curativo do paciente a ela imposta.

Extraí-se então o caráter preventivo das medidas de segurança, seja de prevenção especial, seja de prevenção geral negativa como se verá adiante.

2.3 Peculiaridades da pena e das medidas de segurança.

A pena diferentemente das medidas de segurança não tem o caráter puramente preventivo, ou seja, não visam evitar apenas aquele que delinque e se mostre perigoso, venha cometer novas infrações penais.⁶⁷ A pena é aquela posta pelo Estado, de caráter afitivo, do ato ilícito praticado.

As medidas de segurança e as penas são formas de sanção penal.⁶⁸ A natureza da medida de segurança é em sua essência preventiva, enquanto a pena além de caráter preventivo é também retributiva.

Notadamente, observam-se as peculiaridade entre pena e medida de segurança quanto ao fundamento, a primeira, se embasa na culpabilidade do delinquente, já a medida de segurança se justifica na periculosidade.

Quanto ao objetivo, a pena traz consigo a reafirmação do ordenamento jurídico, assim como os requisitos vinculados a prevenção geral e a prevenção especial, enquanto as medidas de segurança atende a fins preventivos especiais.⁶⁹

Para Bittencout, as quatro principais mudanças entre a pena e a medida de segurança são:

- “I - As penas têm caráter retributivo-preventivo; as medidas de segurança têm essência preventiva;
- II - A pena se fundamenta na culpabilidade; as medidas de segurança se embasam exclusivamente na periculosidade;
- III - As penas tem duração determinada, ou seja, tempo fixo, pré-determinado, enquanto as medidas de segurança tem duração indeterminada, só findam quando cessar a periculosidade do agente;

⁶⁷ ANDRADE, Haroldo da Costa, Das medidas de segurança. Ed. America Jurídica, 2004. P. 07.

⁶⁸ Ibidem, p. 06.

⁶⁹ Ibidem, p. 07.

IV - As penas são aplicadas aos imputáveis e semi-imputáveis; as medidas de segurança são aplicadas aos inimputáveis e excepcionalmente, aos semi-imputáveis, quando estes se mostrarem necessitados de tratamento especial curativo”.⁷⁰

Quanto aos sujeitos, a pena atua aqueles considerados imputáveis e semi-imputáveis, a medida de segurança à inimputáveis e a semi-imputáveis quando assim o magistrado decidir.

Depreende-se que as medidas de segurança são imensamente relevantes ao ordenamento jurídico, no entanto, sua aplicabilidade somente se justifica se em caráter curativo e não tão somente preventivo.

2.4 Finalidades das medidas de segurança.

As medidas de segurança tem por finalidade de acordo com Francisco Muñoz Conde, defender a sociedade e curar o enfermo.⁷¹ Porém não é essa a finalidade que aqui se defende, deve a medida de segurança imposta ter por finalidade a cura do agente a ela submetida.

A finalidade da medida de segurança seria a reintegração social adequada de um indivíduo para a própria sociedade considerado perigoso.⁷² No Código Penal de 1940 adotou-se o sistema duplo binário onde a pena e a medida de segurança podiam ser aplicadas concomitantemente.⁷³

Já o Código de 1969 trouxe uma importante mudança, a adoção do sistema vicariante, proibindo a cumulação das sanções (pena + medida de segurança). Deve o julgador fazer uma análise do caso concreto, se for o agente imputável, a este se aplicará a pena. Se inimputável, a este, a medida de segurança. Então, enquanto a pena se fundamenta na culpabilidade, a medida de segurança tem base na periculosidade aliada à inimputabilidade ou semi-imputabilidade do agente.

As medidas de segurança atualmente têm por finalidade impedir que o inimputável, ou semi-imputável a depender do caso, volte a delinquir, no entanto,

⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal Vol.I - Parte Geral, 2003, p.681.

⁷¹ ANDRADE, Haroldo da Costa, Das medidas de segurança. Ed. America Jurídica, 2004. p.09.

⁷² DIAS, Apud LEVORIN, Marco Polo.2003, p.161.

⁷³ FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001, p. 35.

defende-se a finalidade terapêutica curativa da medida, com isso as medidas de segurança devem ter dupla finalidade.

Primeiramente as medidas de segurança tem finalidade de prevenção especial, pois age diretamente sobre o agente desviante inimputável ou semi-imputável, impedindo-o de retornar a delinquir, visando tão somente neutralizar o indivíduo e a possibilidade de reincidência.

E também devem ter por finalidade a atuação estatal com vistas a se dar ao inimputável e semi-imputável, tratamento adequado e eficaz de acordo com seu problema, visando à cura de sua enfermidade.

2.5 Medidas de segurança em espécie (detentiva/internação x restritiva/tratamento ambulatorial).

O Direito Penal responde às infrações de que cuida através de penas e medidas de segurança.⁷⁴

As medidas de segurança dividem-se em detentivas/internação e restritivas/tratamento ambulatorial, devendo essas serem imputadas, à depender do caso concreto de acordo com o tipo de pena cominada ao delito, desta forma, sendo a infração penal punível com pena de reclusão, ao agente desviante recairá a medida de segurança detentiva internação, enquanto em caso de cometimento de delito punível à título de detenção, caberá ao magistrado definir, levando em conta a periculosidade do agente se a este se aplicará a medida detentiva ou restritiva, qual sejam: internação ou tratamento ambulatorial.

2.5.1 Internação

À internação hospitalar se trata de medida detentiva que será executada em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, esse tipo representa a fusão das medidas de segurança e a pena prevista na legislação anterior.

No mesmo sentido Andrade:

⁷⁴ QUEIROZ, Paulo, Curso de direito penal: parte geral. Ed. Jus Podivm, 9ª edição, 2013. p. 547.

“A internação é uma medida de natureza detentiva, pois que priva o interno de sua liberdade, devendo ele ser submetido a tratamento (art. 99, do CP). Será aplicada àquele que tiver praticado fato punível com pena de reclusão (art. 99, primeira parte, do CP)”.⁷⁵

Entretanto, é possível a aplicação de internação, mesmo ao imputável que pratique crime punível com pena de detenção.

O internado deverá ser submetido obrigatoriamente aos exames psiquiátricos, criminológicos e de personalidade (Arts. 100 e 174, CC os artigos 8º e 9º da LEP).

Quando o estabelecimento penal não estiver guarnecido para prover assistência médica psiquiátrica adequada, esta pode ser prestada em outro local, com autorização da direção do estabelecimento (Art. 14, § 2º, C.C. Art. 42 LEP).⁷⁶

Há posição da Suprema Corte brasileira, no sentido de permitir a internação do indivíduo imputável em hospital particular na falta de estabelecimento adequado oferecido pelo Estado.⁷⁷ Dessa forma deve ser garantida a custódia do paciente, visto que a medida tem caráter puramente preventivo.

2.5.2 *Tratamento ambulatorial*

Nesta modalidade, cabe ao sentenciado comparecer ao hospital de custódia e tratamento psiquiátrico nos dias que lhe forem determinados pelo profissional competente, para que este seja submetido à modalidade terapêutica prevista (art. 101 da LEP).⁷⁸

Essa medida é aplicável não tão somente aos imputáveis, mas também aos semi-imputáveis, note-se o caráter dessa modalidade, que diferentemente da internação, pois essa tem caráter restritivo e não detentiva como aquela.

Saliente-se que o exame criminológico para os sentenciados submetidos a tratamento ambulatorial, é meramente facultativo, na dependência da natureza do fato e das condições do agente (art. 174, c.c. arts. 8).

⁷⁵ ANDRADE, Haroldo da Costa, Das medidas de segurança. Ed. America Jurídica, 2004. p. 18.

⁷⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini, Manual de direito penal. 30ª Ed. São Paulo: Atlas S.A. 2014 Vol - I, pg. 360.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ Ibidem, pg. 361.

3. DA DESCONSTRUÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

O sistema penal pátrio tratou de impor aos inimputáveis tais medidas, mas até onde elas são benéficas? Até onde elas são curativas? Ou, será que elas têm mesmo esses objetivos?

A fim de ilustrar melhor a resposta às mencionadas perguntas, procurou-se entender o posicionamento do campo científico da psiquiatria, já que o principal pressuposto pra aplicação das medidas aqui discutidas é o estado de loucura permanente do agente ,ou, ao menos no momento da prática do ilícito, podendo se dar também de forma superveniente, ou seja, durante o cumprimento da pena, e substituída pela medida de segurança no momento da constatação de perturbação mental.

Assim, quando diz Virgílio de Mattos:

“Talvez estejamos diante de um novo fenômeno de grande internação, assim como vivenciamos o controle total do estado penal. O que causa espécie é o fato de que a psiquiatria no mundo dito “civilizado”, caminha para a desospitalização, enquanto direito penal marcha em sentido inverso: prisionização”.⁷⁹

Veja, para Virgílio de Mattos, o aprisionamento não seria a melhor alternativa para aquele acometido de doença mental, não se trata de apenas, nem tampouco de tratar, e sim prevenir, concordo plenamente com Virgílio quando diz que o Estado deve dar enfoque a prevenção, seja por meio de políticas públicas ou seja por condições mas favoráveis desses sujeitos na sociedade.

Como definir que aquele que não conhece o significado ilícito da sua conduta voltará a delinquir? Ora, se este não tem capacidade mental para entender as consequências e a reprovação de sua conduta, como poderia esse ter o “querer” necessário para voltar a delinquir, se a medida de segurança tem um caráter preventivo especial, como dizer que o incapacitado terá maiores chances de voltar a delinquir do que aquele com desenvolvimento mental completo? Não se justifica as

⁷⁹ - MATTOS, Virgílio de. Crime Psiquiatria Uma Saída: preliminares para desconstrução das medidas de segurança. Rio de Janeiro: Revan, 2006 pg. 112.

medidas de segurança apenas na prevenção de “possível” reincidência em fato delituoso.

Vale aqui mais uma vez, citar Virgílio de Mattos:

“O comprometimento da capacidade de querer e de entender trouxe para o portador de sofrimento mental infrator, além de um instituto que, quanto mais quer se distanciar da pena, tanto mais dela se aproxima uma perplexa possibilidade de coisa muito pior”.⁸⁰

As medidas de segurança analisada nesse aspecto, serão muito pior que a pena, pois privará aquele imposta a essa a liberdade em condições muito piores do que àqueles apenados imputáveis.

3.1 Lei antimanicomial: Lei da reforma psiquiátrica

A lei 10.216, promulgada em 6 de abril de 2001, dispõe sobre o direito e proteção das pessoas acometidas de transtornos mentais, redirecionando o modelo assistencial em saúde mental. Estabelece o supracitado diploma, pautado nos ideais de luta antimanicomial, que “os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental, de que trata esta lei, são assegurados sem qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra” (art. 1º). Tornando aplicável desta forma aos atendimentos em saúde mental de qualquer natureza (art. 2º), a referida lei garante o acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades (art. 2, I), com vistas a se alcançar sua recuperação pela inserção na família, na comunidade, no trabalho, por meio de um tratamento respeitoso, humano e no intuito exclusivo de beneficiar a sua saúde (art;2, II), e o de ser tratado em ambiente terapêutico adequado, pelos meios menos invasivos possíveis (art. 2º, VIII), estabelece ainda, a aplicação da internação de forma subsidiária, que esta somente terá incidência quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes (art. 4º).

⁸⁰ MATTOS, Virgílio de. Crime Psiquiatria Uma Saída: preliminares para desconstrução das medidas de segurança. Rio de Janeiro: Revan, 2006 pg. 147.

Faz-se necessário pontuar a inadequação normativa e conceitual do fundamento das medidas de segurança, qual seja a periculosidade.⁸¹

Com o advento da lei 10.216/2001, tornou-se possível avaliar a (in)adequação dos preceitos do Código Penal, “que sustentam a absoluta ausência de responsabilidade penal do portador de sofrimento psíquico”⁸², que incidiu na prática de ato ilícito.

Conclui-se que a lei de reforma psiquiátrica, proibiu qualquer forma de tratamento manicomial, e mesmo em casos específicos sua aplicação é subsidiária, sendo indicada apenas quando os recursos extra-hospitalares falharem com fundamento no § 3º e o caput do Artigo 4º que entabulam “é vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares”.⁸³

O que se pretendeu com a referida lei foi um tratamento menos nocivo e invasivo, com a observância das garantias constitucionais inerentes àqueles acometidos por doença mental, ou seja, um tratamento mais humano, digno e que possa realmente lhe proporcionar o alcance à almejada “cura”. Visa, portanto, a reinserção social do paciente, fornecendo-lhe o melhor tratamento disponível.

Defende também a reforma, a desinstitucionalização do tratamento oferecido ao paciente, propõe ainda que o tratamento de pessoas com transtorno mental em conflito com a lei seja feita pela rede pública de saúde, transferindo assim o agente submetido à medida de segurança a Centros de Apoio Psicossocial (CAPs) do Sistema Único de Saúde (SUS).

Porém, ainda que se acredite que tais medidas de desinstitucionalização das medidas de segurança acarretariam o desafoamento e a extinção progressiva dos HCTPs (Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico). Não se discorda de tal apontamento, no entanto, indaga-se: Não se estaria apenas transferindo o problema de um lugar para outro? Ou ainda, não se estaria afogando um sistema (aqui sistema refere-se ao Sistema Único de Saúde – SUS) já extremamente superlotado?

⁸¹ CARVALHO, Saulo de. Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2013. pg. 523.

⁸² Ibidem, pg. 523.

⁸³ Ibidem, pg. 527.

Transferir o tratamento do infrator doente mental para a rede pública de saúde, apesar de interessante, -não parece ser uma solução viável, pois, para tanto, é imprescindível estudos aprimorados sobre o tema e um levantamento estatístico dos impactos de tais mudanças.

Uma boa alternativa seria o amoldamento dos estabelecimentos já existentes para o tratamento desses pacientes à lei de reforma psiquiátrica; a qualificação dos profissionais ali atuantes; e a adequação estrutural do ambiente de tratamento conforme os preceitos da lei, chegando assim, por fim, ao rompimento atual com o modelo asilar.

3.2 Da desinternação progressiva e progressão das medidas de segurança

Partindo-se da premissa de que todos são iguais perante a lei (art. 5º da Constituição Federal Brasileira), inquestionável que todos os direitos e benefícios aproveitados pelos imputáveis, sejam também, com maior razão, aproveitados também aos inimputáveis e semi-imputáveis, inclusive as causas de extinção e exclusão da culpabilidade, sendo possível até a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, executória e superveniente.

Tratando-se da progressão das medidas de segurança, Ferrari⁸⁴ ao tratar do tema utiliza-se do termo “reintegração comunitária”, conceituando da seguinte forma: “ Reintegração comunitária significa possibilidade de integração social exteriorizada progressividade na execução de qualquer espécie de sanção penal, estendendo-se também àqueles suscetíveis as medidas de tratamento criminal”.

O que se pretende com a aplicação da progressividade é a reinserção do imputável no seio do familiar-social, por meio da transferência de medida de segurança mais severa para outra mais branda.

⁸⁴ FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001, p. 168.

Ainda que não exista na legislação pátria, sistema progressivo aplicável aos delinquentes-doentes mentais, já constitui uma realidade aceitável hoje, apesar da lacuna legislativa.⁸⁵

A regressão de medidas é expressamente prevista pelo Código Penal, em seu §4º, art. 97, *in verbis*:

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

[...] § 4º - Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos.

Apesar de não haver previsão progressiva, defendemos sua aplicação também às medidas de segurança, pois, como o aqui defendido, os benefícios aplicáveis às penas imputadas ao imputável, devem estender-se as medidas curativas criminais.

3.4 Medidas de segurança: Reclusão e medida de internação

De acordo com o critério adotado pelo Código Penal, o inimputável por doença mental é presumidamente perigoso⁸⁶, sendo a medida de segurança de aplicação obrigatória. Consiste a medida de segurança em internação em hospital de custódia ou tratamento ambulatorial, atente-se aqui aos crimes puníveis com pena de reclusão, onde, nesses casos a internação é a única medida de segurança permitida.

O molde com que vem sendo aplicada a medida de segurança de internação não parece ser válido, vez que obriga o magistrado a decretar a internação do inimputável, sempre que este cometer infração penal punível a título de reclusão.

Partilha-se o entendimento de que há a possibilidade do Magistrado, analisando o caso em concreto, ao inimputável cominar tratamento ambulatorial e

⁸⁵ FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001, p. 168.

⁸⁶ MARCHEWKA, Tania Maria Nava. As Contradições das Medidas de Segurança no Contexto do Direito Penal e da Reforma Psiquiátrica no Brasil. Revista de Direito da UPIS, 2003, v. 1, Nº 1. Pg. 109.

não medida de internação, diferente da exegese do artigo 97 do Código Penal "*in verbis*".⁸⁷

“Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial”.

Nessa senda, uma conclusão tomada somente por base na exegese desse dispositivo, poderia conduzir ao entendimento de que aos inimputáveis que praticaram fatos ilícitos que cominem pena de reclusão, seriam solucionados com a imposição de medida de segurança internação⁸⁸, é este o entendimento majoritário, na doutrina e na jurisprudência, como exemplo:

CRIMINAL. ROUBO QUALIFICADO. SEMI-IMPUTÁVEL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO. ALTERAÇÃO PARA TRATAMENTO AMBULATORIAL OPERADA PELO TRIBUNAL A QUO. IMPOSSIBILIDADE. REU CONDENADO A PENA DE RECLUSÃO. RECURSO PROVIDO.

I - Hipótese de réu semi-imputável condenado à pena de reclusão, para o qual o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, dando parcial provimento ao pleito defensivo, substituiu a medida de internação anteriormente imposta pelo tratamento ambulatorial.

II - O art. 98 do Código Penal, aplicando as regras do artigo 97 do mesmo estatuto repressor, prevê, para os casos de semi-imputabilidade, a substituição da pena privativa de liberdade pela medida de segurança de internação (nos casos de réus apenados com reclusão) ou de tratamento ambulatorial (para apenados com detenção).

III - Recurso provido, nos termos do voto do Relator.

(REsp 567.352/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/06/2004, DJ 02/08/2004, p. 513)

Tem-se ainda pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, também adotando o entendimento, *in verbis*:

MEDIDA DE SEGURANÇA - INTERNAÇÃO - TRATAMENTO AMBULATORIAL - INIMPUTAVEL - DEFINIÇÃO. TANTO A

⁸⁷ ARAÚJO, Fabio Roque da Silva, Medidas de Segurança: *Caráter Residual da internação*. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, 2009. V.9, nº 57. Pg. 7.

⁸⁸ Ibidem. Pg. 8.

INTERNAÇÃO EM HOSPITAL DE CUSTODIA E TRATAMENTO PSIQUIATRICO QUANTO O ACOMPANHAMENTO MEDICO-AMBULATORIAL PRESSUPOEM, AO LADO DO FATO TÍPICO, A PERICULOSIDADE, OU SEJA, QUE O AGENTE POSSA VIR A PRATICAR OUTRO CRIME. TRATANDO-SE DE INIMPUTAVEL, A DEFINIÇÃO DA MEDIDA CABIVEL OCORRE, EM UM PRIMEIRO PLANO, CONSIDERADO O ASPECTO OBJETIVO - A NATUREZA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PREVISTA PARA O TIPO PENAL. SE O E DE RECLUSÃO, IMPÕE-SE A INTERNAÇÃO. SOMENTE NA HIPÓTESE DE DETENÇÃO E QUE FICA A CRITÉRIO DO JUIZ A ESTIPULAÇÃO, OU NÃO, DA MEDIDA MENOS GRAVOSA - DE TRATAMENTO AMBULATORIAL. A RAZÃO DE SER DA DISTINÇÃO ESTA NA GRAVIDADE DA FIGURA PENAL NA QUAL O INIMPUTAVEL ESTEVE ENVOLVIDO, A NORTEAR O GRAU DE PERICULOSIDADE - ARTIGOS 26, 96 E 97 DO CÓDIGO PENAL.

(STF - HC: 69375 RJ, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 25/08/1992, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 18-09-1992 PP-15409 EMENT VOL-01676-01 PP-00173 RTJ VOL-00143-02 PP-00589)

Discorda desse entendimento Jacobina quando diz⁸⁹:

“São logicamente incompatíveis dispositivos do sistema penal que determinam a presunção da periculosidade do louco e o seu tratamento em função do tipo de delito que cometeu (se punido com detenção ou reclusão), baseado em prazos fixos e rígidos, com as normas sanitárias que determinam que o tratamento visará como finalidade permanente a reinserção social do paciente em seu meio, e que o internamento só será indicado quando os recursos extra-hospitalares mostrarem-se insuficientes (art. 4º e parágrafos da lei de reforma psiquiátrica)”.

A medida de segurança, para que seja legítima, deverá estar ausente à culpabilidade, devendo estar presente os demais elementos do crime, quais sejam, fato típico e antijurídico, com isso, quer se dizer, que embora o agente possa demonstrar periculosidade, não será aceita a aplicação de medida de segurança se inexistentes os demais elementos constitutivos do crime, pois, desta forma, se consagraria um direito penal do autor, e não do fato, em total dissonância aos princípios constitucionais que regem o direito penal. -Destaca-se o da dignidade da

⁸⁹ JACOBINA, Paulo Vasconcelos, Direito Penal da Loucura: Medidas de Segurança e Reforma Psiquiátrica. Revista de Direito Sanitário, vol.5, n. 1, 2004, pg. 79.

pessoa humana, uma vez que, se o agente não incide a prática de um injusto penal, jamais poderá ser objeto de tais medidas.⁹⁰

. Depreende-se daí, que embora a aplicação das medidas de segurança se fundamentem na periculosidade daquele considerado inimputável, não é este o único requisito idôneo para sua aplicação. Portanto, não é a periculosidade o requisito necessário para a imposição da medida de segurança, é, porém, ela que torna legítima a sua aplicação, sua existência e duração.⁹¹

Muito embora o entendimento majoritário se sustente na literalidade do art. 26 do Código Penal. Na medida em que o supracitado diploma legal, somente admita a imposição de medida de segurança (tratamento ambulatorial), em casos em que a pena cominada seja a detenção, deixando ao arbítrio do julgador a medida mais adequada (internação ou tratamento ambulatorial). Subtraí ao Judiciário que se faça a aferição em concreto da efetiva periculosidade do agente, nos casos de o crime ser punível com reclusão.⁹²

Não parece coerente tal imposição, ora! Não se pode aceitar que a medida de segurança internação esteja vinculada a elemento objetivo da pena, sem que se considere o tratamento terapêutico adequado. Nesse sentido vale transcrever posicionamento de Marchewka:⁹³

“Ora, isso torna inviável para muitos a libertação, razão pela qual não nos parece válida nos dias de hoje essa orientação, pois obriga o juiz a decretar a internação sempre que o fato cometido seja reprimido com a pena de reclusão. Isso significa que o doente mental que venha a praticar um furto simples, uma receptação dolosa ou culposa ou uma lesão corporal grave (crimes punidos com reclusão) será obrigatoriamente internado em hospital psiquiátrico”.

Nesse mesmo sentido exemplifica muito bem Araújo quando diz:⁹⁴

“A adoção do entendimento majoritário conduz a injustiças gritantes, senão vejamos: vislumbremos um caso em que um

⁹⁰ ARAÚJO, Fabio Roque da Silva, Medidas de Segurança: *Caráter Residual da internação*. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, 2009. V.9, nº 57. Pg. 9.

⁹¹ Ibidem, pg. 9.

⁹² Ibidem, pg. 9.

⁹³ MARCHEWKA, Tania Maria Nava. As Contradições das Medidas de Segurança no Contexto do Direito Penal e da Reforma Psiquiátrica no Brasil. Revista de Direito da UPIS, 2003, v. 1, Nº 1. Pg. 100.

⁹⁴ ARAÚJO, Op. Cit. Pg. 10.

agente comete o delito capitulado no art. 296, inciso I, do Código Penal (“art. 296. Falsificar, fabricando-os ou alterando-os: I – selo público destinado a autenticar atos oficiais da União, de Estado ou de Município”); no curso da instrução, conclui-se, por perícia médica, que o agente é inimputável, não tendo qualquer possibilidade de compreender o caráter ilícito de sua conduta. Por seu turno, o inimputável em questão não demonstra qualquer resquício de periculosidade, jamais se comportou de forma violenta, agressiva ou temerária, além de receber todo o auxílio e amparo por sua família. O crime em questão é apenado com reclusão de dois a seis anos e multa. Pergunta-se: qual a razão para se manter sob o regime de internação o referido inimputável?”

Fica claro com base em tais entendimentos que, a internação não pode ser medida de segurança de aplicabilidade obrigatória ao inimputável que comete ilícito passível de reclusão. Retirar tal aferição do Judiciário é temerário, pois, poderia o juiz, caso a caso, fazer uma análise individualizada e aplicar a medida de segurança mais adequada, nesse passo, fez bem o legislador quando conferiu ao magistrado essa faculdade nos crimes puníveis com detenção, no entanto, não observou tal premissa ao tratar dos ilícitos com penas de reclusão.

É dizer noutras palavras, que o Código Penal ao tratar dos imputáveis, as sanções impostas seguem uma lógica punitiva tradicional, ou seja, a pena deverá ser tanto severa quanto a gravidade do crime, sendo assim a sanção primordialmente é definida em função da gravidade do crime cometido e não na ressocialização do condenado.⁹⁵ No entanto, tais pressupostos são também utilizados pelo Código Penal para tratar as medidas de segurança, onde se define a medida de segurança não em observância as peculiaridades do transtorno mental, mas do tipo e da gravidade do crime.

Nesse diapasão, o tipo de tratamento a ser oferecido ao paciente, se de internação ou tratamento ambulatorial, depende do tipo penal e da pena que lhe seria imposta por consequência desse tipo penal, e não em função das peculiaridades do transtorno mental do paciente.⁹⁶

O que se defende com este trabalho é a adequação das medidas de segurança ao tratamento terapêutico adequado, pois, não podem as medidas de

⁹⁵ SÁ, Alvino A. de. Criminologia clínica e execução penal: *proposta de um modelo de terceira geração*. São Paulo: RT, 2011. p. 227.

⁹⁶ BARROS, Carmen S. De M. Aplicação da reforma psiquiátrica e da política de saúde mental ao louco infrator. Revista Jurídica Consulex, ano XIV, n.320, maio 2010 (sem paginação).

segurança, após a reforma psiquiátrica advinda em 2001, apenas terem caráter meramente preventivo, o que se postula com a presente tese, é que se deve imputar ao doente mental, a resposta mais adequada a sua patologia, dando a estes reais e eficazes meios de tratamento, deve-se para isso, superar essa lógica punitiva tradicional aplicada tacitamente às medidas de segurança. Há sobre tudo que se abandonar essa vinculação para que assim ocorra, em sede de medida de segurança, a migração do tratamento penal para o verdadeiro tratamento de saúde.⁹⁷

Nessa toada, tem-se que a ideia de periculosidade deve dar lugar à preocupação com o transtorno e seu tratamento, inversamente do que ocorre hoje com o modelo penal adotado.

⁹⁷ SÁ, Alvino Augusto de. Medidas de Segurança: *Necessárias Reflexões Pós - Advento da Lei de Reforma Psiquiátrica* (Lei 10.216/2001). Boletim IBCCRIM, 2013. Pg. 12.

4 Conclusão

As medidas de segurança atualmente merecem fortes críticas, a começar pela forma de escolha de qual medida de segurança será aplicada, veja, não é o tratamento curativo apropriado que define qual a medida de segurança será imposta (internação ou tratamento ambulatorial), mas sim o tipo de pena cominada ao delito, se detenção ou reclusão.

Note que as medidas de segurança são aplicadas de forma cruel, devido sua classificação errônea, levada em conta apenas uma classificação simplista, sem que haja maiores conhecimentos do campo da psiquiatria para que se possa aferir de forma acertada a medida cabível.

É preciso repensar a abordagem jurídica em matéria criminal à questão da loucura, implica em reavaliar os alicerces filosóficos do Direito Penal, os fundamentos e a função social de punir.

É da essência da pessoa humana a potencialidade de prejudicar outrem, e em especial cometer infrações penais. Em tese, todos em alguma medida são perigosos, embora àqueles submetidos a certas condições tem probabilidades maiores de cometer delitos. No entanto, uma conclusão probalística não pode servir como base filosófica para a construção de todo um sistema repressivo.⁹⁸

É necessária a superação dos manicômios judiciários e a implantação de novos espaços de assistência à saúde dignos e humanizados, que ofereçam ao doente mental infrator condições de resgatar sua autonomia, que lhe devolvam sua voz, e lhe garantam sua reinserção social.

Por fim, torna-se importante um estudo aprofundado no que tange as medidas de segurança, suas finalidades, princípios, características, fundamentos de aplicação entre outros. As medidas de segurança devem ter por primazia que assegurar o tratamento curativo mais apropriado, levando em conta qual delas melhor se adéqua ao caso concreto, ora, se o tratamento imposto não visa à cura do estado de debilidade daquele a ela imposta, certamente que a medida imposta

⁹⁸ JACOBINA, Paulo Vasconcelos, Direito Penal da Loucura: Medidas de Segurança e Reforma Psiquiátrica. Revista de Direito Sanitário, vol.5, n. 1, 2004, pg. 84.

nunca alcançará sua finalidade, assim sendo, a periculosidade do agente não cessará, e nunca sobreviera cura alguma.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Haroldo da Costa, Das medidas de segurança. Ed. America Jurídica, 2004.

ARAÚJO, Fabio Roque da Silva, Medidas de Segurança: *Caráter Residual da internação*. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, 2009. V.9, nº 57.

BARROS, Carmen S. De M. Aplicação da reforma psiquiátrica e da política de saúde mental ao louco infrator. Revista Jurídica Consulex, ano XIV, n.320, maio 2010.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: revan, 1990.

BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal Vol.I - Parte Geral, 2003.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.

CARVALHO, Saulo de. Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIAS, Apud LEVORIN, Marco Polo.2003.

DOTTI, René Ariel. As bases constitucionais do Direito Penal Democrático; Reforma penal brasileira, Rio de Janeiro: Forense, 1988.

FAVORETTO, Affonso Celso. *Princípios Constitucionais Penais*. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001.

FEITOSA, Isabela Brito, A APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.
https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5982.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, Novo Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa, 2. Ed. Ver, e aum., 33.^a impressão, Nova Fronteira, 1986.

FREITAS, Ana Clelia de, Medida de segurança: princípio e aplicação - Artigo jurídico. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8536/Medida-de-seguranca-principios-e-aplicacao>.

GOUVÊA, Claudiane Rosa, Curso: Medidas de Segurança, http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/CLAUDIANE_GOUVEA.pdf.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos, Direito Penal da Loucura: Medidas de Segurança e Reforma Psiquiátrica. Revista de Direito Sanitário, vol.5, n. 1, 2004.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito Penal Constitucional – A imposição dos princípios constitucionais penais*. 1ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MATTOS, Virgílio de. Crime Psiquiatria Uma Saída: preliminares para desconstrução das medidas de segurança. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MARCHEWKA, Tania Maria Nava. As Contradições das Medidas de Segurança no Contexto do Direito Penal e da Reforma Psiquiátrica no Brasil. Revista de Direito da UPIS, 2003, v. 1, Nº 1.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*, 2ª Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini, Manual de direito penal. 30ª Ed. São Paulo: Atlas S.A. 2014 Vol – I.

MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoria geral do delito. 1988.

SÁ, Alvino Augusto de. Criminologia clinica e execução penal: proposta de um modelo de terceira geração. São Paulo: RT, 2011.

SÁ, Alvino Augusto de. Medidas de Segurança: *Necessárias Reflexões Pós - Advento da Lei de Reforma Psiquiátrica* (Lei 10.216/2001). Boletim IBCCRIM, 2013.

SILVA, Germano Marques da. Direito Penal Português: parte geral III, teoria das penas e das medidas de segurança. 2536 ed. Lisboa/São Paulo. Editorial Verbo. 1999.

YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.